

「立法不作為に対する司法審査」・再論

——それでも規範は二種なのか?——

大石 和彦

はじめに

第一節 「命令的行為」・「形成的行為」区別論と「行為規範」・「権限規範」区別論

第一款 法効果（規制手段）のちがい

第二款 関心対象（目的）のちがい

第二節 「立法不存在ないし立法不作為」に対する憲法判断

第一款 「権限規範」としての憲法というイメージとその障害

第二款 在外邦人投票権訴訟上告審判決における混線と解決策

むすび

はじめに

本稿は、『立法不作為』を憲法判断の対象とし得るかという問題以前に、「そもそも『立法不作為』とは何なのか（『法律の不存在』と同じなのか違うのか。後者だとすると、どう違うのか）」「法規範（例えば憲法なり国賠法一条

一項なり）が『立法不作為』を規律対象とする、とはどういうことなのか（憲法または国賠法とはどういう種類の規範なのか、憲法という規範の性質からして『立法不作為』を評価対象とし得るのか）、といった前提問題（「そもそも……」レベルの議論）につき、私なりにこれまで不十分ながら少しでも思考を掘り下げようとつとめてきた作業の、現時点での報告書である。それら前提問題（そもそも論）へと接近するため、本稿前半部分では、行政行為（命令的行為）と「形成的行為」の分類論、あるいは「法行為」と「事実行為」の区別論といったテーマに関する一部行政法学者の議論を参照した。不作為（Unterlassung）が、行為または作為（Handlung）と対で語られるように、「立法不作為」は「立法行為」と対で語られる（日本の最高裁によれば、前者は後者に包摂される⁽¹⁾）。では、「立法不作為」と対を成す（またはそれを含めた）「立法行為」とは何なのか。「立法（行為）」が「法行為（としての効力の獲得を指して『事実として』なされる行為）」の一つであるなら、法行為（としての効力の獲得を指して『事実として』なされる行為）は、そうでない行為とどのように違うのか（どういう面まで同じで、どういう面が異なるのか）。法行為は、ある人（々）が「事実として」行う行為を「法行為」として《意味づける》規範、すなわち、その人（々）に法行為を行う権能を付与する規範（いわゆる「権限規範」）を前提とするが、権限規範の対象となる意思表示行為が、同時に処罰対象または損害賠償責任発生原因、すなわち、いわゆる「行為規範」の規律対象とされることもある。このように、「権限規範」と「行為規範」の両者が一つの同じ行為を対象とする場合でも、両規範の着眼点まで同じと言えるか。こうした、「そもそも『立法行為（立法不作為を含む）』とは何か」、「法規範が『立法不作為』を規律対象とする、とはどういうことなのか」につき考えて行くにあたり、「命令的行為」と「形成的行為」の違い、あるいは、「法行為」と「事実行為」の区別、といった問題に伝統的にかかわって来ざるを得なかった行政法理論の蓄積（もちろん管見の範囲）の中には、ひとことで「行為」と言っても、そう呼ばれるものの間の腑分け、あるいは行為に対する規範のかかわり方、といった根本問題に対する思考法という面で、本稿にとっても重要なヒントを

示すものがあるように思えた。

本稿テーマにつき、私も旧稿で、不十分ながら若干触れたことがある。⁽²⁾ 本稿表題を「再論」としたゆえんである。では、なぜあらためてそれを、今度は一部行政法学者の議論をも横目で見つつ「再論」しなくてはならなかったか。私自身の勉強も多少は進んだ、というだけではない。「立法不作為の違憲審査を否認するにひとしい」⁽³⁾と言われた、昭和六〇年「在宅投票制度廃止訴訟」上告審判決の下での「冬の時代」⁽⁴⁾が終わり、平成一七年「在外邦人投票権訴訟」上告審判決⁽⁵⁾をめぐる一種の「フイーバー」現象を経てもなお、「立法不作為」(立法者が現に、法律の制定改廃措置をしないこと)と、「立法の不存在」(規範という観念的事象「の不在」)という、ごく基本的な区別についてすら、十分自覚的な議論がなされるようになっていとは思えない。そうした基礎の部分にかかわる考究において、一部行政法学者の議論から学ぶところは、決して小さくはないように思えたのである。

「立法不作為の司法審査」と題する本稿冒頭いきなり行政行為の分類論が出てくることの言い訳はこれくらいにして、早速本題に入る。

(1) いわゆる「在宅投票制度廃止訴訟」上告審判決(最一小判昭和六〇年一月二日・民集三九卷七号一五二頁)は「立法行為(立法不作為を含む。)」と述べる。

(2) 拙稿「立法不作為に対する司法審査」白鷗法学・通巻一九号(二〇〇七)一七一頁。

(3) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第五版)』(岩波書店・二〇一〇)三七五頁。

(4) 前掲注(1)。

(5) 最大判平成一七年九月一四日・民集五九卷七号二〇八七頁。

第一節 「命令的行為」・「形成的行為」 区別論と「行為規範」・「権限規範」 区別論

第一款 法効果（規制手段）のちがい

一 藤田宙靖『行政法入門』⁽⁶⁾（以下「藤田・入門」という。）に次の箇所がある。

「……私たちはよく、『そういう行為は法律上許されない』ということをいいますが、『法律上許されない』ということの意味には、正確にいうといろいろちがったものがあるのです。たとえば、『その行為をすると処罰されることになる』ということと、『その行為をしないと行為自体が法的に無効になる』ということとは、おなじではないのだということを、しっかりと理解してください。こういったちがいがわかるといことは、なにも行政法にかぎらず、すべての法律学のイロハなのだと思います」（傍点は本稿筆者）。……（以下「引用部A」という。）

本稿の議論も、そこに言う「イロハ」を前提にしているので、まず、『その行為をしないと処罰されることになる』ということと、『その行為をしないと行為自体が法的に無効になる』ということとの間の「ちがい」につき、もちろん本稿筆者の解釈が不可避免的に混入せざるを得ないであろうが、説明することにしよう。

二 右「引用部A」は、行政行為の分類論において用いられてきた「モデル概念」としての「命令的行為」と「形成的行為」の違いにつき、「命令的行為」の一つとしての「許可」を受けないでなされた営業行為は、処罰対象

となるものの、無許可業者が締結した契約自体が当然に無効とされるわけでないのに対し、「形成的行為」としての「認可（補充行為）」を得ないでなされた私人間の合意は、当然に処罰対象となるわけではないものの、法律行為としての効力の発生が認められないことを説明する文脈において述べられたものである。

ここでは、「命令的行為」の一つとしての「許可」という觀念の背後に、無「許可」営業行為に対し刑罰等の制裁を結び付ける規範、すなわち、『その行為をすると処罰されることになる』ということ」を定める規範の存在が想定されているように思われる。⁽⁷⁾むしろ「許可」なる法現象は、本体としてのそのような規範の、個々具体的場面への投影または表れ、とでも考えるべきものかもしれない。さらに言えば、やはり「命令的行為」の例とされる「下命」・「禁止」なるものも、結局のところ、それらの処分によって命じられた、または禁じられた『行為を「しない、または」すると処罰されることになる』ということ」を定める規範の、個々具体的場面における表れ、ということになろう。さらにやはり「命令的行為」の一つとされる「免除」についても、作為義務を「免除」されていない者が『その行為を「しない」と処罰されることになる』ということ」を定める規範の、個々具体的場面への投影であるという、やはり同様の説明が可能であろう。

いずれにせよ、「命令的行為」（「下命」・「禁止」・「許可」・「免除」のいずれも）が語られる場合において、それら個々の行政処分の背後には、『その行為をする「またはしない」と処罰されることになる』ということ」を定める規範』（あるいは暗黙のうちに）想定されているように思われる。無許可営業行為に対する罰則をはじめとして、一般的に刑罰法規が、『その行為をすると処罰されることになる』ということ」を定める規範の典型であることは明らかであるが、さらに民事上の損害賠償義務の履行強制や行政上の強制執行も、「法律上許されない」行為（義務の不履行や不法行為）をした者に対してなされる、その者の権利の強制剥奪という点で刑罰と共通すると考えるなら、『ある行為をする（またはしない）と、国家により権利を強制剥奪されることになる』ことを定める民事上

の損害賠償法や、行政上の強制執行の根拠法もまた、刑罰法規と基本的に同じ構造を持つものであるとの説明が可能となり、以上まとめて、「義務賦課規範」、「義務づけ規範」あるいは「行為規範」などと呼ばれることがある⁽⁹⁾。

三 「形成的行為」としての「認可（補充行為）」の背後にも、ある法規範が存在する。もちろん、「法律による行政の原理」の下、「命令的行為」であろうと「形成的行為」であろうと、当該行政庁に対して行政処分を行う権能を付与する規範が前提として存在していなければならないことは、いまさら言うまでもない。ここで行政処分の背後にある規範と言っているのは、そうした行政処分の根拠規定のことではない。本稿右記述で見たのは、「命令的行為」の場合いずれも、行政処分の根拠規定とは別に、私人が「その行為をする」「またはしない」と処罰されることになる『ということ』を定める規範が、命令的行為（行政処分）という個々具体的場面の法現象の背後に存在する、言わば本体として想定される、ということであった。そして、「形成的行為」としての「認可（補充行為）」の背後にもやはり、私人が「その行為をする」「またはしない」と『ということになるのかを定める規範の存在が想定される。もつともそれは、『その行為をする』『またはしない』と処罰されることになる』『ということ』を定める規範ではなく、『その行為をする』と行為自体が法的に無効になる』『ということ』を定める規範（補充行為）である。藤田・入門があげる例で言えば、農業委員会の（法令上は「許可」と呼んでいるが講学上は「認可（補充行為）」を受けないでなされた農地売買の合意は「効力を生じない」とする農地法三条七項が、それに当らう。他に『その行為をする』と行為自体が法的に無効になる』『ということ』を定める規範の例としては、憲法上の条規に違反する国家行為（の産物たる一般の規律（法律・条例、行政立法、最高裁規則……）または個別的規律（行政処分および裁判判決）が「効力を有しない」とする日本国憲法九八条一項や、公序良俗に反する法律行為を無効とする民法九〇条をあげることができるだろう。

ところで先の引用部 A は、『法律上許されない』行為に対し法がどのような法効果を結び付けているか』という観点から説明するという方法を採用した結果、「その行為をする」と行為自体が法的に無効になる、という表現になったのだと思われる。だが、例えば立法とか契約といった行為から、「違憲の」とか「公序良俗に反する」（つまり引用部 A いうところの「法律上許されない」といった属性を取り払ってこれを見た場合、法はそれらの行為を決してマインナス評価しているわけではなく、むしろ我々の社会生活にとって必須の要素としてプラス評価しているものと考えるのが普通であろう（立法機関を指定したり、あるいは立法手続を定める憲法の規定や、契約をはじめとする法律行為の発効要件一般に関する民法の規定を見るとき、我々は普通そのように考えるだろう）。そのように考えた場合、『その行為をする』と行為自体が法的に無効になる』ということを定める規範、と表現するのではなく、『一定の規律を定立しようとする行為につき、当該規律に対して法的効力が付与されるための要件を定める規範』と表現する方が良好だろう。後者の表現からわかるように、それらの規範は、公的機関なり私人なりに対し、有効な規律を定立するための要件を定めることを通じ、そうした規律を定立（あるいは、改廃をも含めて「変更」⁽¹⁰⁾）する（「法行為」を行う）権能（権限）を付与するものと言えるため、「権能付与規範」、「授權規範」あるいは「権限規範」⁽¹¹⁾などと呼ばれる。これらの規範は、上述の「義務賦課規範」のように、あることをする（または、しない）よう、人々の行為（不作為を含む）を直接規律付けようとするのではなく、義務賦課規範の変更（定立改廃）要件（平たくいえば「調理法」⁽¹²⁾）を定める規範、つまり「法の法」または「規範の規範」⁽¹³⁾だという意味で「二次的」⁽¹⁴⁾である。

上述のように、「権能付与規範」を、『その下でなされる意思表示行為の産物たる規律が「法的に「有」効になる」ための要件を（積極的に）定める規範』だと表現した場合、日本国憲法九八条一項（にいう「この憲法……の条規」の中心をなすであろう同憲法第三章の規定）あるいは民法九〇条は、創設されようとしている規律が逆に無効となる場合につき定めている規範という意味で、「マイナスの」または「消極的」権能付与規範として位置づけるこ

とも可能であろうし、あるいは、違憲でない、または公序良俗に反しないことが、発効要件の一部を構成するのだと考えることもできるだろう。⁽¹⁵⁾特にそれが憲法規範である場合、下位規範定立権者の権能（国会による立法権など）の行使を抑制する規範だという意味で、「制限規範」とも呼ばれる。⁽¹⁶⁾

「授権規範」（権能付与規範）の構成要素につき、例えば清宮四郎は以下のように述べる。⁽¹⁷⁾

「およそ、一つの法規範が適法に存立し、通用するためには、それを定立する権能の所在（定立権者）、定立の手続および様式ならびに定立の内容を定める法規範が、前もって別に存立し、通用していなければならない。」

そこで言われている要素とは、第一に、下位規範「定立権者」を指定する上位規範（国会を「唯一の立法機関」とする憲法四一条や、政令制定権を内閣に与える同七三条六号などがこれに当ろう。）、第二に、下位規範「定立の手続および様式」を定める上位規範（法律制定改廃手続について言えば、憲法五九条がそれに当るし、憲法五六条および五七一条一項も、法案審議に適用される限りにおいてその意味を持つであろう。）、第三に、下位規範の「内容を定める」上位規範（右にあげた憲法九八条一項によれば、憲法上の基本的人権規定等に反する法令等は「効力を有しない」。これは法令等の「内容を定める法規範」の例であろう。民法九〇条も法律行為の内容に関する縛りである。）、以上三つである。⁽¹⁸⁾先にあげた農地法三条七項のような、形成的行為の一つとしての「認可」または「補充行為」の背後にある規範は、私人に対する法律行為権能付与規範のうち、行政庁から「認可」を受けることを、法律行為発効のための手続的要件の一つとして加重するもの、つまり右のうち第二の例と言うことができよう。

第二款 関心対象（目的）のちがひ

一 念のため断つておくと、本稿は、全ての法規範が必ず「義務賦課規範」と「権能付与規範」のいずれか一方へと解消されるなどという大スケールの議論を展開しようとしているわけではない。⁽¹⁹⁾ そのようなことは、本稿の関心にとって最初からレレヴァンスを持たない。本稿の関心は専ら、上記二種の規範の間の「ちがひ」へと向けられるに過ぎないからである。

では両者の間の「ちがひ」とは具体的にどのようなものであろうか。先の藤田・入門引用部 A は、「その行為」に結び付けられている法効果（つまり、それぞれの規定が目的達成手段としてどちらの法効果を採用しているか）の「ちがひ」に着目した説明方法を採用するものであったが、では、両者の規律対象（すなわちそれぞれのような対象を規律することを目的としているか）にも、何らかの「ちがひ」があるのだろうか。

二 まず言えるのは、処罰対象行為（より広くは、義務賦課規範の規律対象行為）とは、森田寛二言うところの「言述行為」（「何かを言い述べる行為」、従来型の表現で言えば「意思表示行為」に当たる場合（例えば、農地法六四条一号が処罰対象としている、行政庁の「許可」を得ないでなされた農地売買の合意）もあれば、「非言述の行為」（言述行為でない行為）、従来型表現では「物理的行為」の場合（例えば飲酒運転）もあるのに対し、権能付与規範の下で要件該当判断対象となる、下位規範を定立せんとして行われる意思表示行為（立法、行政処分、法律行為……）は常に「言述行為」だということである。⁽²⁰⁾ つまり、義務賦課規範の方は「非言述の行為」を含め広く全ての行為（不作為を含む）を対象としうるが、権能付与規範は常に「言述行為」を対象とする（言述行為を伴わない「非言述の行為」のみを対象とすることは無い）という限りにおいて、両規範の規律対象は異なるとも言いうる。だが一方で、例えば農

地売買という両規範共通の対象行為もまた、確かに存在する。同じ対象行為を規律する両規範（例えば、「許可」なき農地売買合意を処罰する農地法六四条一号と、「許可」なき農地売買合意は「効力を生じない」とする農地法三条七項）の間には、「法律上許されない」行為に対して結びつけられている法効果の種別以外に「ちがいはない」のであるか。この「ちがひ」についてどのように考えるかは、公法学にとって、農地売買という特殊な（？）例のみには限定されない射程を持つはずである。なぜならこれは、取消訴訟において当該処分根拠規定（権能付与規範）に照らして当該処分が「取り消しうべき」違法なものが問われる場面と、同処分を行った公務員の行為が国賠法一条一項に照らして違法なものが問われる場面との間に「ちがひ」があるか、という問題⁽²¹⁾、あるいは、ある法律が違憲であるがゆえ「効力を有しない」かどうか語られる場面と、違憲の法律を制定した立法行為またはそれを改廃しない不作为が国賠法上「違法」かどうか問われる場面との間に「ちがひ」があるか、という問題⁽²²⁾ともかわるはずのだからである。

三 両規範の「ちがひ」を明らかにするためには、両規範が同じ行為を対象とする場面を例にあげるのがかえって至便であろう。藤田・入門引用部Aは、農業委員会の「許可」を得ないでなされた農地売買という一つの行為が、農地法三条七項（権能付与規範）により「法的に無効になる」一方、同時に農地法六四条一号（義務賦課規範）によって「処罰される」ことを念頭においた記述である。

藤田・入門は、「命令的行為」と「形成的行為」の区別につき、まずは以下のように述べる。⁽²³⁾

「前者（命令的行為）が、『私人が事実としてある行動をすること（しないこと）』自体を規制の対象とする行政行為であるのに対して、後者（形成的行為）は、私人がおこなう行動の法的効果をコントロールの対象とする行政行為である」。

(傍点原文) …… (以下「引用部 B」という。)

それを受け同書は、「命令的行為」としての「許可」(の背後にある義務賦課規範)と、「形成的行為」としての「認可」(の背後にある権能付与規範)共通の規律対象行為とされる無「許可」の農地売買につき、以下のように述べる。⁽²⁴⁾

「もしここでの(農地法上の)許可が純粹に形成的行為としての「認可」であるとするならば、それを受けないでおこなわれた私人の行為については、それを法的に無効としさえすればすむわけで、それだけですまずさらに処罰をしようというのはつまり、農地法三条の許可が、まさに事実として、権利移転行為がおこなわれること自体をも規制の対象としている(つまり『命令的行為』である)からだ、と考えられるのではないだろうか。」(傍点は本稿筆者) …… (以下「引用部 C」という。)

「命令的行為」の背後には、違反行為に対し刑罰をはじめとする制裁を科す義務賦課規範があり、一方「形成的行為」としての認可(補充行為)の背後には、私人間の合意が法律行為としての効力を獲得するための要件を加える権能付与規範があることは先に見た。⁽²⁵⁾ 藤田・入門の右引用部 B および C では、「命令的行為」および「形成的行為」としての認可(の背後にあるそれぞれの規範)の間には、「法律上許されない」行為に対して結び付けられる法効果(その行為をすると処罰されることになる)のか、それとも「行為自体が法的に無効になる」か」という面の違いばかりでなく、関心対象または目的という面での違いもあることが示唆されているように思われる。引用部 B および C で言われていると思われることを箇条書的に整理すれば以下の通りである。

① 「命令的行為」（の背後にある義務賦課規範）の規律対象は、「『人が事実としてある行動をすること（しないこと）』自体」である。

② 「形成的行為」（またはその一つとしての「認可」の背後にある権能付与規範）のコントロール対象は、人々が「事実として」どのような行動をするか「自体」ではなく、当該行動を通じて表された意思の内容が法的効果を獲得するか否かにある。

③ 「命令的行為」（の背後にある義務賦課規範）の規律対象たる人間の行為は「事実」であるが、「形成的行為」（またはその一つとしての「認可」の背後にある権能付与規範）のコントロール対象である法的効果の発生または不発生は「事実」ではなく、「事実」とは対極の世界に属するものである。

四 右③に言う二つの世界（「事実」の世界と、それとは対極の世界）にかかわると思われる記述として例えば、長谷部恭男『憲法』の以下部分⁽²⁶⁾がある。

「株式会社や私立大学などと同様、国家は抽象的な存在であり、目に見えないし、手で触れることもできない。目に見える形で存在するのは、たとえば国の象徴とされる旗、国の役所として使われている建造物、国の領土として存在する山や川などにすぎない。富士山や利根川は、自然の山や川であり、それが『日本の領土』であるのは、我々がそういう眼鏡をかけて、富士山や利根川を見るからである。これらの背後に想定されている観念的存在が国家である。」

ここでは、「目に見える」存在、つまり藤田の言葉で言えば「事実として」の旗、建造物、自然の山や川と、「観念的存在」（長谷部自身が右引用直後の部分で使う別の言葉で言えば「約束事」⁽²⁷⁾）としての株式会社、私立大学、国家が

対置されている。さらにここでは、富士山や利根川といった自然の山や川が、日本国の領域を定める法規範という「眼鏡」(ケルゼン言うところの *Deutungsschema*⁽²⁸⁾を解り易く訳したものであろう)を通して見る(ことではじめて、「日本の領土」として《意味づけ》られること、別の例で言えば、徴税官による税の徴収および犯罪者による恐喝、または刑務官による死刑執行および犯罪としての殺人もまた、法規範を「眼鏡」として見る(ことではじめて、金銭を徴収し、または他者を殺す(人)という同じ「事実」が、片や法の執行行為(者)として、また片や「処罰される」べき犯罪(者)として《意味づけ》られること、さらにそれらの背後に国家という存在が「観念」されることが語られている。

これを藤田・入門引用部BおよびCに関する整理①に適用すれば、「命令的行為」(の背後にある義務賦課規範)がコントロールしようとしている対象である「『人が事実としてある行動をすること(しないこと)』自体」は、「富士山や利根川」と同じく「事実として」の事実、すなわち法規範を通じて《意味づけ》される以前のナマの現実世界の事実として把握されていると思われる。これに対し、その行為が「違法だ」という属性や、「処罰に服する義務」といった事象は、法規範という「眼鏡」を通してはじめて見えてくる《意味》すなわち観念の世界のこともである。一方、権能付与規範(または「形成的行為」)のコントロール対象である「私人がおこなう行動の法的効果」「私人がおこなう行動」ではなく、その「法的効果」が「目に見えないし、手で触れることもできない」観念の世界の事象であることは明らかだ。もともと「私人がおこなう行動」それ「自体」は現実世界の事象である。要するに、「命令的行為」(の背後にある義務賦課規範)と「形成的行為」(としての「認可」の背後にある権能付与規範)は、「私人がおこなう行動」という、それ「自体」現実世界の事象であるものを、それぞれ異なる(片や「処罰に値する違法だ」、また片や「無効の」という)形で《意味づけ》しつつ、片や「私人が事実としてある行動をすること(しないこと)」「自体」という現実世界の事象を、また片や「私人がおこなう行動の法的効果」(「私人がおこなう行動」

ではなく、その「法的効果」という観念世界の事象を、それぞれコントロールすることを目的としている、ということである。

五 義務賦課規範が《意味づけ》の対象としている行為と、権能付与規範が《意味づけ》の対象としている行為との間のちがいが如何につき、上述の、現実の世界と観念の世界の対比という観点から見てみよう。

例えば森田寛二は以下のように述べる。⁽²⁹⁾

「ひとは、『除却する』という言述、そのような言述行為をなしうる。しかし、『除却する』という言述、そのような言述行為をしても、それだけで除却という事態が出来るわけではない。現実、除却するという行為、そのような非言述の行為をしなければ、除却という事態は出来しない。除却行為は、非言述の行為である。」（傍点は本稿筆者）

ここでは、一方で、現実の世界に直接働きかける「非言述の行為」としての除却行為と、もう一方で、現実世界の状況を直接変更するわけでない、その意味で観念的な約束事の世界に働きかけ得るに過ぎない「『除却する』という言述（行為）」が対比されている。注意したいのは、ここで片や現実の世界へと、一方で観念の世界へと分別されているのは、「非言述の行為」（従来型表現では「物理的行為」と「言述行為」（従来型の表現で言えば「意思表示行為」、すなわち行為それ「自体」ではなく、それぞれの行為が働きかけようとしている、その先（それぞれの行為の結果という「事態が出来る」か）だということである。つまり、例えば行政庁に対して処分権能を付与する規範の定める要件を満たす「言述行為」が「除却命令」として《意味づけ》られることによって出来る事態は、受命者（これまた実は生身の人間「自体」でなく、権利義務の帰属点という観念的事象なのである）における除却義務

の発生という、まさに「約束事」(言うまでもなく観念の世界の事象)に過ぎないのに対して、「除却するという非言述の行為」によって出来るのは、当該物の消滅という、現実世界における事態なのである。

「非言述の行為」(従来型表現では「物理的行為」)は、現実の事象である。だが、飲酒運転という「非言述の行為」を「違法行為」と《意味づけ》た上、これを「処罰されるべきだ」(刑罰に服する義務がある)という規範は観念の世界の事象(平たく言えば「約束事」)である。このように義務賦課規範は、「『人が事実としてある行動をすること(しないこと)』自体」という現実世界の事象を《意味づけ》、その規範を自らの行動の指針として受容する人々に対し、「その行為をした者は刑に服す義務がある」と観念させている。これに対して全ての権能付与規範は、常に何らかの「言述行為」を要件該当判断対象としている。では、言述行為は、現実世界の事象である(観念の世界の事象ではない)と言えるであろうか。権能付与規範が想定する国家行為の主体は、時に独人制の、あるいは合議制の「機関」であるが、それらは、「機関」として《意味づけ》られる生身の人間(の集団)そのものでなく、権限の帰属点という観念的事象に過ぎない。また法律行為の当事者たる法人(もちろんここでは、現実の事象としての人々の集団またはその活動ではなく、権利義務の帰属点という意味)が観念的事象であることは言うまでもないが、「自然人」もまた、それが生身の人間そのものではなく、権利義務の帰属点という意味で用いられる場合、実はやはり観念的事象なのだというべきであろう(「自然人も法人である」)。また人間が口から発する音声や紙の上の黒い模様といった現実的事象を「言述」と《意味づけ》ているのも言語に関する規範の束であるから、「言述行為」は現実の事象でなく観念だと言われるかもしれない。だが「機関」または「法人」の行為」または「言述」の背後にはやはり、「機関」または「法人」の行為」または「言述」として《意味づけ》られる現実の事象としての生身の人間の行動が必ずあるはずである。その意味で、権能付与規範が対象とする「言述行為」なるものも、やはり「『人が事実としてある行動をすること(しないこと)』自体」に包含されるのであって、両規範の要件該当判断対象

行為それ「自体」から見た限りでは、本質的差異は無いものと言わなければならない。

六 このように、両規範が要件該当判断対象とする行為それ自体の間には、本質的違いが無いと考えた場合、では「規制」または「コントロール」の対象という観点から両規範を区別することは不可能なのであるか。

藤田・入門引用部BおよびC（およびそこで語られていると思われることの整理①②）における「事実として」とか「自体」といった語は、いったい何を言わんとしているのでしょうか。「命令的行為」（の背後に存在する本体としての義務賦課規範）が、違反行為に制裁（執行罰を含む）を結びつけることを通じて間接的に、また強制執行（執行罰を除く）を結びつけることを通じて直接的にコントロールせんとしている対象とは、専ら現実の世界での私人の行為およびその不作為に限られるのであって、当該私人の行為が、法律行為としての効力の獲得を目指して行われた「言述行為」である場合に、当該言述行為が当初意図通りの法的効力を獲得するかどうか、という問いは、藤田が別著で、『命令的行為』は、私人のまではコントロール対象としない、という意味であろう。このことは、藤田が別著で、『命令的行為』は、私人の行動が事実上行われること・行われないこと、のみを規制の対象とするのであって、このような規制にも拘らず行われた行動の法的効果までをも、チェックしようとするものではない⁽³⁰⁾（傍点本稿筆者）と述べていることからわかる。

さらに一般化して、以下のように言うことが可能であると思う。「義務賦課規範」の規律対象としては、現実の事象に向けて何かをする（しない）「非言述の行為」（殺人、窃盗、飲酒運転……）の場合と、権利義務とか法的地位といった觀念の世界の構成要素に変更を加えようとしてなされる「言述行為」（農地売買、国家賠償法の規律対象としての行政処分（さらに立法行為？））の場合の両者ありうるが、いずれの場合にもその規律の対象は、現実世界においてなされた行為（またはなされなかった不作為）のみに限られるのであって、当該行為が「言述行為」である場

合に、それが獲得しようとした法的効力如何という觀念の世界の事象にまでコントロールを及ぼすものではない。これに対して「権能付与規範」は、觀念の世界における法的効力の獲得を目指して、それ「自体」は現実になされる「言述行為」を対象としながらも、その行為が定立しようとしている下位規範が法的効力を獲得するための要件を定めることを通じ、法規範（の個々具体的場面における表出としての権利・権限・地位・義務……）という觀念の世界の事象をコントロールしようとするものである。要するに両規範は、時に法行為としての効力の獲得を目指して行われる「言述行為」という同一の行為を対象とする場合でも、それぞれ関心（目的）を異にするし、また、だからこそ、それぞれ異なる目的のため、それぞれ異なる法効果（手段）を採用しているのだと思われる。

両規範のうち一方（義務賦課規範）を「行為規範」と呼ぶ例がある。⁽³¹⁾ 現下公法学界でより広く見られる用語の方が、語られていることの中身を一目でわかってもらうための index としては、より有用性が高いであろうから、他ならぬ本稿本節の表題にもこの語を用いておいた。繰り返すが、人間が現実になした「行為」（不作為含む）を対象とする点では、両規範の間に本質的違いは無い。ただ、義務賦課規範は、人間が現実に行う「行為」自体を規律することを目的としたものであるのに対し、権能付与規範は、人間が現実に行う「行為」自体ではなく、その行為によって創成される下位規範の法効果をコントロールすることを目的としたものである、という意味において、一方の義務賦課規範のみを指して「行為規範」と呼ぶことは、不適當ではないと思われる。

(6) 藤田宙靖『行政法入門「第五版」』（有斐閣・二〇〇六）九八頁。

(7) 大貫裕之『「行政行為の分類学」覚書』（東北学院大学論集（法法学）四〇号（一九九二）一五五頁以下「二八〇頁」によれば、「許可、自己が、私人が（事実として）ある行動をすることと自己を規律する」ものとはいえず、そういえるのは、許可なしに一定の行為をすることができないと定め、更には許可を受けずになされたその行為を罰する、法のシステムなのである」（傍点は原文。本稿が個々の行政行為の背後に（本体として）存在する規範と述べたのは、大貫言う「行政行為をその中に含む法システム」そのものか、その主要部分の一つに相当す

ると思われる。

(8) ハンス・ケルゼン（尾吹善人訳）『法と国家の一般理論』（木鐸社・一九九二）一〇七―一〇八頁。

なお、厳密にいえば、例えば不法行為が行われたのみで直ちに債務者に対し財産の強制剥奪を行うための要件が充足されるわけではなく、債務者が損害賠償義務を任意履行しないという、民法典上の条文（民法四一五条および七〇九条）自体には明示的に書かれていない要件が満たされてはじめて、右強制行為を發動することが可能となる（HANS KELSEN, REINE RECHTSLEHRE (3 Aufl. 1960) 128-130）。

(9) 田中成明『現代法理論』（有斐閣・一九八四）五八頁および同『法理学講義』（有斐閣・一九九四）五二頁では「義務賦課規範」、尾吹善人『日本憲法』（木鐸社・一九九〇）五頁以下、同『憲法規範の変性？』新正幸・鈴木法日兄編『憲法制定と変動の法理——菅野喜八郎教授還暦記念——』（木鐸社・一九九二）三八三頁以下「特に四〇〇頁以下」（尾吹善人『憲法の基礎理論と解釈』（信山社・二〇〇七）四二八頁以下「特に四四一頁以下」に再録）では「義務づけ規範」、新正幸『憲法訴訟論（第二版）』（信山社・二〇一〇）一八四頁以下では「行為規範」と呼んでいる。

なお、以上の文献はいずれも——ケルゼン・前掲邦訳書注（8）一一九―一二〇頁同様——禁止された行為に対し制裁が科されていること（藤田・入門の言葉でいえば「その行為をすると処罰されることになる」ということ）を、「義務賦課規範」の共通属性と考えているのに対し、美濃部達吉『日本行政法 上巻』（有斐閣・一九三六）二〇三頁、さらに同『法の本質』（日本評論社・一九四八）三〇頁以下は、「義務法」と「権利法」の区別を語るものの（美濃部が語るこの区別論が、本稿が取り上げる「義務賦課規範」と「権能付与規範」区別論に対応するとの見方を示す例として神橋一彦「違法な法令の執行行為に対する国家賠償請求訴訟について」立教法学七五号（二〇〇八）六七頁以下「七八―七九頁」）、「義務法」に関する説明の中で制裁につき語るところがない（そもそも美濃部は制裁を法の本質要素とする立場を採らない〔美濃部『法の本質』（上掲）七一頁以下〕）。

(10) 本稿に言う「権能付与規範」に相当するものをH・L・A・ハート（矢崎光岡監訳）『法の問題』（みすず書房・一九七六）一〇五頁以下は「変更のルール（rule of change）」と呼んでいる。

(11) 例えば田中・前掲二書注（9）は「権能付与規範」、尾吹・『憲法の基礎理論と解釈』前掲注（9）四四五頁は「授權規範」、新・前掲書注（9）は「権限規範」と呼んでいる。

(12) 尾吹・『日本憲法』前掲注（9）七頁。

(13) 清宮四郎『憲法Ⅰ（第三版）』（有斐閣・一九七九）一六頁は、「国法の形式および内容についての根本を定めること」をもって、「憲法の性格の主要な一面」だとした上、「この意味で、憲法は、法の法（Recht der Rechte）であり、法律の法律（Gesetz der Gesetze）であり、規範の規範（Norm der Normen）である」という。

(14) ハートによれば、「第一次的ルールが個人がしなければならないいはしてはならない行動に関係しているのに対して」、「変更のルール」を含む「二次ルール」はすべて一次ルールに関するルールであるという共通の属性を持つとされる（ハート・前掲書注（10）一〇三―一〇四

(頁)。

(15) 菅野喜八郎『統・国権の限界問題』(木鐸社・一九八八) 一一六頁の他、尾吹・憲法の基礎理論と解釈」前掲注(9) 四四六頁、新・前掲書注(9) 五〇頁、『憲法判例百選Ⅱ』(第五版) (別ジュリ・二〇〇七) 二二二事件―在宅投票制度廃止事件上告審―解説四三八頁〔新正幸〕等。

(16) 清宮・前掲書注(13) 一九頁。

(17) 清宮・前掲書注(13) 一七頁。

(18) 新正幸『純粹法学と憲法理論』(日本評論社・一九九二) 一五八頁以下は、前二者(定立権者の指定と定立手続)を合わせ、「広義」の「形式面または手続面」、三つ目(下位規範の内容面に関する規律)を「実体面」とし、両者を「授權関係の二面」として整理し直した上、それぞれ近代憲法を構成する「統治組織法」と「人権保障法」の二分枝に対応するものと説明している。菅野・前掲書注(15) 一一六―一七頁も同旨。

(19) 法規範に本稿が述べる二種がある(権能付与規範が義務賦課規範には解消または従属され切らない〔無理やり解消・従属させようとする〕と、法のイメージが歪んでしまう) 可否かという問題が最も際立つ場面は、命令説(おそらく全ての法規範を義務賦課規範へと解消または従属させようとするであろう)をめぐる攻撃防御の議論であろう。

また二規範に解消されない可能性のある規範群の代表例として組織規範があるが、組織規範と授權規範とを区別する尾高朝雄『実定法秩序論』(岩波書店・一九四二) 六四頁の議論に対しては、菅野喜八郎(前掲注(15) 一二二頁注(17)) による批判がある。

さらに本文で見た二規範に解消されない例として、事実行為(特にそのうち「非言述的行為」または「物理的行為」〔これについては後掲第二節注(37)を参照)を行う権限を付与する規範(例えば警職法七条)をあげることができよう。

(20) 「言述行為で、しかもそれ自体に法を創生(変更・廃止をふくむ)する力のあるものとして法律や条例の上で認められている行為」という森田寛二『行政機関と内閣府』(良書普及会・二〇〇〇) 一三三頁以下〔「三九頁」による「法行為」の「定式化」(ただし傍点は本稿筆者)によれば、「法行為」は常に「言述行為」であることになる。ここで言う「言述行為」に「法を創生(変更・廃止をふくむ)する力」すなわち「法的効力」または「法効果」を付与する「法律や条例」が権能付与規範に当ることは、ここまでの本稿の記述から明らかであろう。もともと、要物契約のように、物の引渡しという「非言述的行為」がなければ成立(発効)しない契約類型もあるが、その場合でもやはり、当事者間の合意という「言述行為」がなされなければならぬことは確かである(上記「法行為」に関する「定式化」と要物契約との関係に関する森田自身の考察は、同書一四〇頁に示されている)。

なお本稿で「意思の発現としての行為」(意思表示)と「物理的な行為」という広く見られる対比的用語でなく、「言述行為」と「非言述の行為」という森田・上掲書が用いる用語の方をあえて用いたのは、例えば刑罰法規(義務賦課規範)の評価対象が「有意的」または「目的的」(要するに「意思の発現」)行為に限られると考えた場合、「意思の発現としての行為」に当たらない一切の行為が刑罰法規の規律対象から外れて

しまう（すべての刑罰法規の規律対象行為は「意思の発現としての行為」ということになってしまう）と考えたためである。関連して美濃部・『法の本質』前掲注（9）二九三〇頁が、「法は…意思の規律であることを其の本質とする。茲に所謂『意思』とは必ずしも『行為』と反対する意味に用ゐるのではなく、意思の外に対する現はれが行為であり、而して法は意思が外部的な行為となつて現はれる場合にのみ之を規律するものであるから、意思の規律と謂つても行為の規律と謂つても、結局同じ意味に帰するものである」（傍点本稿筆者。旧漢字は現字体に変更）と述べていることも参照。

(21) それに関係するものとして、神橋・前掲注（9）の他、同「行政救済法における違法性」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅲ 行政救済法』（有斐閣・二〇〇八）二三七頁、同『職務行為基準論』に関する理論的考察——行政救済法における違法性・再論——」立教法学八〇号（二〇一〇）一頁。

(22) そうした「ちがひ」に自覚的な議論として、尾吹・前掲注（9）、新・前掲書注（9）三〇四頁以下、新・『憲法判例百選Ⅱ』前掲注（15）四三九頁等。

(23) 藤田・前掲注（6）九七頁。藤田宙靖『第四版 行政法Ⅰ（総論）【改訂版】』（青林書院・二〇〇五）一八五頁も同旨。

(24) 藤田・前掲注（6）一〇七頁。

(25) 美濃部の「義務法」と「権利法」との対比と、本稿に言う「義務賦課規範」と「権能付与規範」との対比との間の一定の対応関係につき指摘がなされていることについては既に注（9）で見た通りであるが、さらに美濃部は、「命令的行為」と「義務法即ち命令的の法」とが対応する一方、「形成的行為」と「権利法即ち形成的の法」とが対応するとも述べている（『日本行政法 上巻』前掲注（9）二〇三頁以下）。もっとも美濃部の議論が、命令的行為または形成的行為によつて創出される個別具体的な法規範の種別（それから生じる法律的效果の内容）（傍点本稿筆者）に着目したものであると思われるのに対し、本稿の議論は、命令的行為または形成的行為の一つとしての認可の背後にある、一般的な法規範の種別に、むしろ着目している。

(26) 長谷部恭男『憲法（第五版）』（新世社・二〇一一）四頁。

(27) 長谷部・前掲書注（26）五頁。

(28) ケルゼン（横田喜三郎訳）『純粹法学』（岩波書店・一九三五）一八頁。

(29) 森田・前掲書注（20）一三七—一三八頁。

(30) 藤田・『行政法Ⅰ（総論）』前掲注（23）一八七—一八八頁。

(31) 新・前掲書注（9）一八四頁以下。

第二節 「立法不存在ないし立法不作為」に対する憲法判断

第一款 「権限規範」としての憲法というイメージとその障害

一 以下では、第一節で見た、義務賦課規範と権能付与規範との間の違いが、「国会議員の立法行為又は立法不作為が「国賠法一条一」項の適用上違法となるかどうか」の問題と、「立法の内容（又は立法不作為）の違憲性の問題」⁽³²⁾との間の関係を論ずるにあたり、いかなる帰結をもたらし得るのかにつき、考えてみたい。

その際まず、右において藤田の命令的行為と形成的行為（としての認可）の比較対照論から導出された、命令的行為の背後にある義務賦課規範のイメージは、刑罰法規を典型とする、違法行為（例えば無許可営業行為）に制裁を結びつける規範に適合的なそれであって、不法行為法のそれではない、ということが問題となり得る。特に、不法行為法の第一次的関心（目的）が、「法律上許されない」行為をした者に対して制裁を課すことを通じ、人が「事実として」行う行動（不作為含む）をコントロールすることにあるのではなく、むしろ、極端に言えば、加害者の行為が「法律上許されない」かどうかには頓着せず、社会生活の中で一定程度必然的に生じるコストの負担分を、その社会の構成員の間でいかに公正に分配するかにこそあると考えた場合、そう言えるだろう。もっとも、さしあたり国賠法一条一項に限って言えば、そこでの「違法」評価対象は、「公務員」という「生身の人間」が「事実上」行った「言述行為」または「非言述の行為」であり、その限りで、上記の義務賦課規範の対象行為と基本的に変わるところがない、と言うことができよう。

二 次に「立法の内容（又は立法不作為）の違憲性の問題」について。このうちまずは後段の、「違憲性の問題」とは何か。これにはさらに、判断の「ものさし」である「憲法」とはどのような性質の規範か、という問題と、計測対象すなわち「憲法判断の対象」とは何か、という問題が含まれているが、この二つの問題は相互に関連している。

憲法判断の「ものさし」すなわち憲法とは、どのような性質の規範か（「憲法規範の特質」の問題）。多くの論者が再三指摘してきたように、それが法律以下の下位規範の定立権者（法律につき憲法四一条、政令につき憲法七三条六号）、定立手続（法律につき五九条）を定め、またその内容についても、「日本国憲法」の場合特に第三章所定の条規に反してはならず、それらに違反した下位規範は「効力を有しない」（憲法九八条一項）と定めているという面においては、まぎれもなく権能付与規範の典型と言える。⁽³⁴⁾ ということは、「違憲判断の対象」もまた、法規範（または有効なその定立を目指して公的機関が行った「言述行為」）に限られるのであれば、下位規範定立権限付与規範（「法の法」としての憲法というイメージと完全につじつまが合うことになろう。実際、憲法関係の書き物において、違憲審査の対象リストに並べられて来た項目の殆どは、法律、政省令等の一般的なものから、憲法八一条に言う「処分」に包含されるべき個別具体的なものまで含め、法規範である。

だが、例えば「愛媛玉串料訴訟」⁽³⁵⁾では、宗教法人靖国神社の大祭に際して奉納される玉串料等を県の公金から支出した行為が、さらに「砂川市空知太神社事件」⁽³⁶⁾では、市長が市有地上の神社物件の撤去および同土地の明渡しを請求しないこと（怠る事実）が、それぞれ違憲判断対象とされている。このうち愛媛玉串料訴訟は、いわゆる「四号請求」（地方自治法二四二条の二第一項第四号）であるから、憲法二〇条三項および八九条は、自治体の機関というポストを占めていた者（生身の人間）が「事実としてある行動を「した」こと（しな「かった」こと）」につき、自治体に対する損害賠償責任を負うか、という義務賦課規範が語られる場面に登場していることになる。そもそも

それらの事実行為は「非言述の行為」であつて、それだけでは、本稿が念頭に置く権能付与規範の独立の対象行為とはなり得ないこと、本稿第一節第二款で見た通りである。

三 右（損害賠償代位請求住民訴訟において事実行為の違憲性が争われる場合）の他、二種の規範を区別した上、憲法を専ら権能付与規範として理解しようとする際の障害となる可能性のあるもう一つの例として、「立法不作為」「国会議員」と呼ばれる一群の人々が事実として、ある行動をしないこと⁽³⁷⁾が憲法上の基本的⁽³⁸⁾人権規定に照らした判断の対象になるかの問題がある。

「在宅投票制度廃止訴訟」上告審判決⁽³⁸⁾（以下「昭和六〇年判決」という）は、立法行為（不作為を含む）の国賠違法と、立法の内容の違憲性の間の関係につき以下のように述べていた。

「……国会議員の立法行為（立法不作為を含む。以下同じ。）が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であつて、当該立法の内容の違憲法の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反する廉があるとしても、その故に国会議員の立法行為が直ちに違法の評価を受けるものではない。」

「在外邦人投票権訴訟」上告審判決⁽³⁹⁾（以下「平成一七年判決」という）は以下のように述べた上、それは右引用部を含む在宅投票制度廃止訴訟上告審判決「と異なる趣旨をいうものではない」のだと言う。

「……国会議員の立法行為又は立法不作為が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が

個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法の内容又は立法不作為の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容又は立法不作為が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに違法の評価を受けるものではない。」（傍点は本稿筆者）

昭和六〇年判決において「立法行為」とは「立法不作為を含む」から、同判決において「立法行為」となっている部分が平成一七年判決において「立法行為又は立法不作為」となっているのは確かに「異なる趣旨をいうものではない」と思われる。これに対し、前者において「立法の内容」となっている部分が後者において「立法の内容又は立法不作為」（ただし傍点は本稿筆者）に変わっているのに、両者「異なる趣旨をいうものではない」とだけ言われても、すぐに腑に落ちるものではない。

本稿第一節第二款で見た結果を適用して言えば、「義務賦課規範」または「行為規範」の対象は「『人が事実としてある行動をすること（しないこと）』自体」である。昭和六〇年判決における「国会議員の立法行為（立法不作為を含む）」または平成一七年判決における「国会議員の立法行為又は立法不作為」はいずれも、「国会議員」という一群の「人」が「事実としてある行動をすること（しないこと）」であって、行為規範の下での審査対象行為に該当する。これに対し、両判決が言う「立法の内容」は、法規範という観念的事象のありようであって、まさに権能付与規範としての憲法による下位規範の内容面コントロールの対象にピッタリとはまる。昭和六〇年判決における、立法行為の国賠違法問題と、立法内容の違憲性問題の峻別論は、「行為規範と権限規範」の峻別と対応させる形で説明することが可能であるようにも思われる。⁽⁴⁰⁾しかしながら、平成一七年判決においては、違憲（権限規範の下での）審査対象として、「立法不作為」なるものが付加されている。そこにいう「立法不作為」（念のため注意しておくと、昭和六〇年判決が「国会議員の立法行為（立法不作為を含む）」というときの、あるいは平成一七年判決が「国会議

員の立法行為又は立法不作為」というときのそれではなく、専ら後者が「立法の内容又は立法不作為」というときのそれに限る）が、「国会議員」という一群の「人」が「事実としてある行動をしないこと」だとすると、「又は」という等位接続詞の前後に、「立法の内容」（觀念的事象）と、「立法不作為」（現実世界的事象）という、本来存在次元を異にするものが抱き合わせにされていることになる。

「立法の内容又は立法不作為」と言うときの「又は」の前後を統一的に解するための一つの方法は、「国会議員の立法行為又は立法不作為」と言うときの「立法不作為」と、「立法の内容又は立法不作為」と言うときの「立法不作為」とを区別することである。要するに「立法の内容又は立法不作為」というときの「立法不作為」とは、実は必要とされる法規定が無いこと、つまり「立法（の）不存在」のことであろう。このように解すれば、「又は」の前後いずれも、規範という觀念的事象のありようということになり、その限りで丸くおさまる。例えば、いわゆる「国籍法違憲判決」⁽⁴¹⁾における甲斐中裁判官、堀籠裁判官反対意見は「立法（の）不存在ないし立法不作為」という言葉を繰り返しているが、これは、日本国籍を有することの確認を求める上告人（原告）に対し国籍を付与するための根拠となる法律上の規定が現行法上無いこと、すなわち法規範という觀念的事象のありようにつき述べているのであるから、本来、「ないし立法不作為」の部分は削除し、単に「立法（の）不存在」と言うべきであったと思われる。「立法（の）不存在」の問題は、憲法上の権利の中でも国家行為依存的権利の具体化立法などをはじめ、授益的立法をめぐって生じるのであって（国籍法違憲判決はまさにそのような事案であった）、「前国家的権利」と言われる自由権を制約する不利益の立法をめぐっては、そのようなものは、憲法の基本的人權尊重主義の見地から見れば、無いに越したことはなからうから、問題とならない。従来、「立法不作為」と「立法（の）不存在」とが互換的同義語として用いられたり、あるいは「立法不作為」（立法不存在ではない）が専ら授益的立法についてのみ問題になると言われることがあったのは、「人が事実としてある行動をすること（しないこと）」の一つとしての「立

法不作為」と、それにより産出（または放置）される規範のありかたの一つとしての「立法（の）不存在」という観念的事象とが混線していたからだと思われる。

もっともこのように、「観念的事象としての『立法の不存在』も違憲審査対象となる」、と言った場合、今度は「効力を有しない」（憲法九八条一項）と判断されるべき対象がそもそも存在しないケースにつき、憲法判断が可能なのか、という問題が生じる。この問題は、本稿第一節第一款で見た、法効果の「ちがいをメルクマールにした二規範区別論とかかわる。すなわち、無効としようのない対象を審査する場面においてもなお、憲法を「その行為をする」と行為自体が法的に無効になる」ことを定める規範として観念し続けられるか、という問題である。

この問題を避けるため、「立法の内容又は立法不作為」と言うときの「立法不作為」とは、やはり「国会議員」と呼ばれる一群の人々が事実としてある行動をしないこと」なのだと解した場合には、今度は「人が事実としてある行動をすること（しないこと）」を、基本的人権規定に照らした判断の対象とすることが、憲法を権能付与規範として理解すること（の一部としての、基本的人権規定を下位規範の内容面コントロール規範として理解すること）と果たして両立可能であるのか、という問題が生じる。これは、二で言及した愛媛玉串料訴訟等のように、事実行為を違憲審査対象とすることが、憲法を権能付与規範として理解することと果たして両立可能であるのか、という問題と基本的に同類であろう。

第二款 在外邦人投票権訴訟上告審判決における混線と解決策

一 以下では、せめて右の二つの問題だけでも、第一節で見た二種の規範峻別論と矛盾無く折り合いをつけるための試論を提示したい。

在外邦人投票権訴訟上告審（平成一七年）判決が「立法の内容又は立法不作為」を違憲審査対象としていたこと

に戻る。同判決は、それ「と異なる趣旨をいうものではない」はずの在宅投票制度廃止訴訟上告審（昭和六〇年）判決に、なぜ「又は立法不作為」という文言を加えるという加工を、わざわざ行つて見せたのであろうか。

一つには、平成一七年判決調査官解説が、以下のように述べていることと関係があると考えられる。

「本判決は、……初めて国会の立法不作為について違憲の判断をしたものである。」

では、「合理的期間」を過ぎても投票価値の選挙区間較差の不平等状態を放置する立法府の不作為を違憲判断の対象としてきたいくつかの最高裁判決は、一体何をしたというのであろうか。そう考えると、右引用における「立法不作為」もやはり、「立法（の）不存在」に差し替えるべきであらう。この点、平成一七年判決をもう少し詳細に見て行こう。

「在外国民の選挙権の行使については、平成一〇年法律第四七号によって公職選挙法が一部改正され（以下、この改正を「本件改正」という。）、在外選挙制度が創設された。しかし、その対象となる選挙について、当分の間は、衆議院比例代表選出議員の選挙及び参議院比例代表選出議員の選挙に限ることとされた（本件改正後の公職選挙法附則八項）」。

同判決において違憲審査対象とされているのは、①本件改正前の公職選挙法、②本件改正後の公職選挙法（公職選挙法附則八項の規定のうち、在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限定する部分）、の二つである。このうち②が、当時存在した法律上の規定（の内容）であることは明らかである。では①も、「本件改正」前に存在した法律上の規定（の内容）の問題であらうか。そう問題構成する余地も無いではなかった。

同判決いわく、

「本件改正前の公職選挙法四二条一項、二項は、選挙人名簿に登録されていない者及び選挙人名簿に登録されることができない者は投票をすることができないものと定めていた。そして、選挙人名簿への登録は、当該市町村の区域内に住所を有する年齢満二〇年以上の日本国民で、その者に係る当該市町村の住民票が作成された日から引き続き三か月以上当該市町村の住民基本台帳に登録されている者について行うこととされているところ（同法二二条一項、住民基本台帳法二五条一項）、在外国民は、我が国のいずれの市町村においても住民基本台帳に登録されないため、選挙人名簿には登録されなかった。その結果、在外国民は、衆議院議員の選挙又は参議院議員の選挙において投票をすることができなかった」（傍点本稿筆者）。

つまり、在外邦人に不利益（損害）を発生させている法律上の規定は存在していたのである。だが、同判決調査官解説は以下のように述べ、あえてこれを規定不存在の問題だとした。

「同法四二条一、二項がこれを制限しているとみるよりも、同法がその行使を可能にする規定を置いていないことに問題の本質があるとするのが相当である。在外国民で上記の選挙権を有する者が投票することができるようになる立法措置が執られていなかったことは、憲法に違反しないか。これが本件改正前の制度に関する問題である。」（傍点本稿筆者）

ここからは、同調査官解説が、「本件改正前」における「問題の本質」を、まさに「立法の不存在」（在外邦人の選挙権を具体化する規定が置かれていないこと）と捉えていること、さらに「立法の不存在」と「立法不作為」（在外邦人が「投票することができるようになる立法措置が執られていなかったこと」とを区別していないことを、読み取る

ことができよう。

「立法の不存在」と「立法不作為」は、同判決法廷意見のうち上記①に関する憲法判断を行う以下部分においても混在している。

「世界各地に散在する多数の在外国民に選挙権の行使を認めるに当たり、公正な選挙の実施や候補者に関する情報の適正な伝達等に関して解決されるべき問題があったとしても、既に昭和五九年の時点で、選挙の執行について責任を負う内閣がその解決が可能であることを前提に上記の法律案を国会に提出していることを考慮すると、同法律案が廃案となった後、国会が、一〇年以上の長きにわたって在外選挙制度を何ら創設しないまま放置し、本件選挙において在外国民が投票をすることを認めなかったことについては、やむを得ない事由があったとは到底いうことができない。そうすると、本件改正前の公職選挙法が、本件選挙当時、在外国民であった上告人らの投票を全く認めていなかったことは、憲法一五一条一項及び三項、四三条一項並びに四四条ただし書に違反するものであったというべきである。」(傍点は本稿筆者)……(以下「引用部a」という。)

すなわち「国会が、一〇年以上の長きにわたって在外選挙制度を何ら創設しないまま放置し……たこと」は現実の事象の一つとしての「立法不作為」であり、これに対し「本件改正前の公職選挙法が……在外国民であった上告人らの投票を全く認めていなかったこと」は、言うまでもなく規範(「本件改正前の公職選挙法」のありよう(内容)をめぐる瑕疵の一つである必要な規定の不存在(「立法不存在」という観念的事象である。ここでこれら二つが同視されているのであれば、本稿としては、ここまでの記述から自ずと明らかであろうが、これを支持し得ない。

ちなみに上掲審査対象②に関する憲法判断を行う部分は以下の通りである。

「この点に関しては、投票日前に選挙公報を在外国民に届けるのは實際上困難であり、在外国民に候補者個人に関する情報を適正に伝達するのが困難であるという状況の下で、候補者の氏名を自書させて投票をさせる必要のある衆議院小選挙区選出議員の選挙又は参議院選挙区選出議員の選挙について在外国民に投票することを認めることには検討を要する問題があるという見解もないではなかったことなどを考慮すると、初めて在外選挙制度を設けるに当たり、まず問題の比較的小ない比例代表選出議員の選挙についてだけ在外国民の投票を認めることとしたことが、全く理由のないものであったとまでいうことはできない。しかしながら、本件改正後に在外選挙が繰り返し実施されてきていること、通信手段が地球規模で目覚ましい発達を遂げていることなどによれば、在外国民に候補者個人に関する情報を適正に伝達することが著しく困難であるとはいえなくなったものというべきである。また、参議院比例代表選出議員の選挙制度を非拘束名簿式に改めることなどを内容とする公職選挙法の一部を改正する法律（平成一二年法律第一一八号）が平成一二年一月一日に公布され、同月二一日に施行されているが、この改正後は、参議院比例代表選出議員の選挙については、公職選挙法八六条の第三第一項の参議院名簿登載者の氏名を自書することが原則とされ、既に平成一三年及び同一六年に、在外国民についてもこの制度に基づく選挙権の行使がされていることなども併せて考えると、遅くとも、本判決言渡し後に初めて行われる衆議院議員の総選挙又は参議院議員の通常選挙の時点においては、衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙について在外国民に投票することを認めないことについて、やむを得ない事由があるという事はできず、公職選挙法附則八項の規定のうち、在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限定する部分は、憲法一五一条一項及び三項、四三条一項並びに四四条ただし書に違反するものといわざるを得ない。」……（以下「引用部β」という。）

この中で違憲判断の鍵となっているのは、言うまでもなく、「本件改正」から判決当時に至るまでの、立法事実

(通信手段の発展)をはじめとする事情の変化である。であれば、これを、「本件改正」後の事情の変更にもかかわらず公選法の改正を怠ってきた不作為の問題として構成できたはずではないか。上掲「引用部 a」においては「国会が、一〇年以上の長きにわたって在外選挙制度を何ら創設しなのまま放置し……たこと」という「立法不作為」につき「やむを得ない事由があった」かどうかが問われているのと比較すると、ではなぜ「引用部 β」では、とも思われる。これもやはり同判決が、「立法不作為」と「立法(の)不~~存~~在」とを同視していることと関係しまいか。

②を対象とする引用部 β では、審査対象たる規範(当時の公職選挙法附則八項の規定のうち、在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限定する部分)が確かに存在~~した~~し、引用部 β は、その存在する規範を対象として内容面審査(つまりごくありふれた形態の憲法判断)をしているのである。

二 実は本稿筆者は、下位規範の有効性をめぐる憲法判断において、国会議員という一群の人々が「事実としてある行動を「した」こと(しな「かった」こと)」を、下位規範定立~~手続~~に~~関する~~審査という局面において、対象としうると考える。第一節第二款で述べた通り、憲法を含む権能付与規範もまた究極的には(二群の)生身の人間が現実の世界で行った行為を対象とする点では、「行為規範」と異ならない。その行為(事実として)何がなされ、何がなされていないか)が、権能付与規範の下でも手続審査の対象とはなり得るわけである。そうした手続審査の「ものさし」をあえて指摘すれば、《被治者の権利を制約する(立法を事情変更後も放置し続けることが許される)ためには、(事情変更後の)立法府の明示の判断を経るという手続が必要である》⁽⁴⁾という、おそらくは憲法四一条(を拡張した規範)だということになる。⁽⁴⁾このように考えた場合、例えば引用部 a において、「本件改正」前の公選法四二条一、二項の憲法適合性判断の一分枝として、「国会が、一〇年以上の長きにわたって在外選挙制度を何ら創設しないまま放置し、本件選挙において在外国民が投票することを認めなかったことについて……、やむを得な

い事由があった」かどうかを問うことと、憲法を権能付与規範であると解することとは、直ちには矛盾しない。⁽⁴⁵⁾ 同く②につき、通信手段の発展をはじめとする事情の変化後もなお当時の「公職選挙法附則八項の規定のうち、在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限定する部分」の改正を怠った不作為は、憲法に照らした同規定の有効性審査に組み込むことも可能であるし、その方がむしろ、引用部βにおける判断の説明として、より説得的ではなからうか。

このように言くと、「お前は投票価値の選挙区間較差の問題をめぐる判例における『合理的期間』論を支持するのか」と問われそうである。旧公選法別表一の「中選挙区」定数配分規定、現公選法別表一の衆院小選挙区割（これがあるため本稿では「定数、是正訴訟」という用語を避けている）および同別表三の参院選挙区選出議員定数配分規定が違憲無効であるかどうかという、まぎれもなく権能付与規範の下での問題が争われた訴訟に関する最高裁判例⁽⁴⁶⁾において、「合理的期間内における是正が憲法上要求されていると考えられるのにそれが行われない」という国会の不作為（もちろん現実の事象）が問われてきたことは周知の通りである。私は、そうした訴訟の中で、それ（「合理的期間」を超過したか）を問うこと自体妥当でないとは思えないどころか、むしろ問うべきだ、と考える。問題は、合理的期間論の位置づけ（内容面審査との関係）である。それらの判例における内容面審査が、最大較差が憲法の選挙権の平等の要求に反すると言えらる程度に達していたか否か、という問題だとすれば、そこでは、内容面審査で違憲状態と言え、かつ合理的期間の超過も無ければ当該規定が違憲とは言えない、とされてきたことになる。しかしながら、本稿で見たように、権能付与規範の下で、内容面の瑕疵と手続（形式）の瑕疵は、本来はどちらか一方の瑕疵でもあれば下位規範を無効としうる別個独立の要素である。一つのケースにおいて両者が問題となる場合には、むしろ内容面の瑕疵は違憲（立法裁量の逸脱濫用）とまで言い切り難いものが残るとしても、手続面審査（事情変更の後も何ら要考慮事項を考慮せず、単に問題を放置しているに過ぎないか否か）において瑕疵が顕著であ

れば、総合評価として違憲判断に踏み切るという論法が成立する余地もあるように思われる。⁽⁴⁷⁾

三 在外邦人投票権訴訟に戻る。同訴訟における原告の請求のうち最高裁が認容したのは、②につき違憲無効であるがゆえ、次回選挙において投票することができる地位にあることの確認、および①につき上告人（原告）一人あたり五〇〇〇〇円の国家賠償、以上二つである。ここで注意されたいのは、必要な法規定の不存在の意味での「立法不作为」のケースに当たるとされた①は、違憲無効判断の対象とはされていないことである。つまりここでは、少なくとも結果的に「無いものを無効とは判断しようがない」という問題は回避されているわけである。

実は一引用部 α および β それ自体は、違憲ならどういいう法効果^{（注）}が結び付けられるのか、ということを含弧に入れた（それを問わない）判断（違憲かどうかの単なる確認）なのである（もちろん特に α は、国賠請求の認容の前提であることが顕著な書き振りはあるが）。

本稿は、『その行為をすると処罰されることになる』ということと、『その行為をすると行為自体が法的に無効になる』ということとの間の「ちがひ」に着目するところから思考を出発させた。だが、右引用部 α および β は、「処罰されることになる」（国が国賠責任を負う）か、「無効になる」か、という帰結の「ちがひ」に頓着しないで、言わばそうした「ちがひ」に対してニュートラルに、「そういう行為」「あるいはそれにより創出または放置される下位規範の内容」は「憲法」上許されない」かどうかだけの判断（確認）というものがありうることを示しているのではないかと考える。また、それと連動するが、日本国憲法で言う第三章所定の基本的人権規定は、それに違反する規範は無効だ、という法効果とは、実は常に不可分一体というわけではないのか。確かに憲法九八条第一項に言う「その条規」の中心は第三章所定の基本的人権規定であろう。だが、それに反する下位規範は「効力を有しない」とあるからといって、人権規定に照らした審査対象が常に法規範であり、違憲の帰結は常に無

効だ、と考えることが妥当でないことは、第一款二で見た通り、事実行為に対する違憲審査が実際に行われていることから言えるのではないだろうか。こうして、ひとたび「違憲」ということと「存在する規範の無効」ということを分離すれば、事実行為に対する違憲審査も、さらに立法行為（不作為を含む）に対する違憲審査（国賠違法審査ではない）も、さらには立法不存在に対する違憲審査すら、不可能事ではなくなるのである。

このように「違憲」と「無効」を分けて考えた場合、基本的人権規定は、二種の規範峻別論から見て、どちらなのか。右のように考えた場合、どちらでもない（ニュートラルだ）と答えるべきであろう。だが、例えば政教分離規定が「四号請求」（損害賠償代位請求）住民訴訟という場面に導入されれば、同規定は義務賦課規範が語られる場面で機能することになる。違憲であることが誰の目から見ても「明白な」内容の立法を制定する立法行為（または放置する不作為）が国賠違法かどうかが争われる場面でも、憲法上の規定は、義務賦課規範が語られる場面で機能することになる（もつとも後者の場合、前者の場合のように憲法規定が行為を直接評価するのではなく、憲法判断自体直接には、規範の内容に対して向けられる）。これに対し、法律以下の下位規範の違憲無効が争われるという、本来憲法九八条一項が想定する場面に基本的人権規定が導入されれば、それは権能付与規範が語られる場面で機能することになる。以上要するに、憲法上の人権規定は、それ自体二規範いずれかのカテゴリーへと単純に分別できるものでなく、むしろ義務賦課規範が語られる場面と権能付与規範が語られる場面の両方に導入され、機能する可能性のあるものだ、というのが現段階の試論である。

(32) 前掲判例注(1) および(5)。

(33) 第一節注(11)、同注(13) および注(15) に掲げた文献参照。

(34) ここに言う、権能付与規範による下位規範定立行為に対する手続または形式面コントロールと、内容面コントロールの区別については、本

稿第一節第一款三において述べた。

なお最近のドイツにおける、憲法上の権利を制限することの「正当化」の（本来なら違憲とされるべきものが違憲とされないで済む（違憲性が阻却される））ための論証には「形式」と「実質」の両面があるとされるが、渡辺康行「憲法訴訟の現状」公法研究七一号（二〇〇九）一「三二」頁、小山剛「憲法上の権利」の作法」（尚学社・二〇〇九）四四頁、本稿に言う権能付与規範を構成する三要素のうち定立主体の指定は前者に包摂され、内容面コントロールは後者に対応しようかと思われる。

なお本文に言う手続面コントロールにも目配りした記述として「注釈法律学全集 4 憲法 IV」（青林書院・二〇〇四）一〇二頁「佐藤幸治」。

(35) 最大判平成九年四月二日・民集五一卷四号一六七三頁。

(36) 最大判平成二二年一月二〇日・民集六四卷一四一頁。

(37) 森田寛二（第一節注（20）一四一頁）によれば、「法行為の素地をなす言述行為」以外の「言述行為」と、「非言述の行為」の二種がある（傍点原文）。前者の例である行政指導は、「何かを言い述べる行為」すなわち言述行為であるという点で、行政行為（行政処分）と変わるところは無いが、法により法効果の発生を認められていないために、法行為ではなく事実行為である。つまり事実行為という一つの概念の中には、「非言述の行為」であるか、それとも「言述行為」か（そのうち前者は必ず事実行為である）、という現実レベルの差異に着目する部分と、言述行為であっても、法により法効果の発生を認められたものとそうでないもの、という観念（約束事）の次元における差異に着目した部分とが混在していることになる。

(38) 前掲注（1）。

(39) 前掲注（5）。

(40) 新・『憲法判例百選Ⅱ』第一節注（15）四三九頁参照。

もっともそのように考えた場合、処分の根拠規定に反して行われた処分による損害につき国賠法一条一項が適用される裁判において、根拠規定（権限規範）違反と国賠違法との間の違いといった問題に特に注意が払われることもなく、根拠規定違反なら当然のごとく国賠違法とされることが少なくないこと、あるいは政教分離訴訟（しかも地方自治法二四二条の第二項第四号にもとづく損害賠償代位請求事件）において、憲法上の政教分離規定（権限規範？）違反なら当該財務会計行為も「違法」とされてきたことについてはどのように説明するのか、という問題が残らないか。ただし、憲法上の基本権規定に違反する「個別・具体的な国家行為」が国賠違法とされる限りで、「基本権規定は、権限規範であると同時に行為規範であるという二重の法的性格を有する」という新・前掲書注（9）三〇七頁に示されているのと同様の議論を、右ケースに対して導入することが可能だという見解もあるかもしれない。こうした見解に対しては「二重の性格」が認められる（認めざるを得ない）ケースの数が多く見積もられることをもって、峻別論の破綻と考える人もあり得るが、二種の規範は、あたかも「命令的行為」と「形成的行為」と同じく「モデル概念」であって、両者合体したケースの存在はモデル概念としての有効性を掘り崩すものではないとの再反論も想定し得る。

(41) 最大判平成二〇年六月四日・民集六二卷六号一三六七頁。

- (42) 『最高裁判所判例解説民事篇平成一七年度（下）』六〇三・「六四一・六四二」頁〔杉原則彦〕。
- (43) 最大判昭和五一年四月一四日・民集三〇巻三三三頁など。
- (44) これについては拙稿・前掲注（2）「特に一八六頁以下」でも論じたことがある。
- (45) 鶴澤剛・自研八六巻七号（二〇一〇）一三二頁以下（行政判例研究）は、引用部aを例に、「公権力発動要件規範と職務行為規範を区別することの意味は薄められる」とする。本稿執筆に当っては、鶴澤のこうした指摘にも、大きく触発された。
- (46) 代表例として前掲注（44）判決。
- (47) こうした方向性は、最大判平成一六年一月一四日・民集五八巻一五五頁における「補足意見二」およびその後の同種事案における藤田宙靖裁判官による個別意見において打ち出されたが、藤田裁判官退官後の動向を注視したい。

むすび

以上、行政法学における行政行為の分類論または法行為・事実行為区別論にあらわれた思考法に学びつつ、「立法行為（立法不作為含む）」や「法律の不存在」に対する憲法判断とはどういうことなのかにつき、若干の考察を行った。もともと行政法学に学んだとは言っても、ごく限られたテーマに関し、これまたまた私の手元にあった、ごく限られた論者の議論のこれまたごく一部を、彼らの行政法学の全体像を十分視野に収めたわけでもなく、つまみ食いの拾ってきたに過ぎない。ご本人たちの思いもよらない曲解をしている可能性も否定できない。彼らが念頭においているであろう外国の基礎文献を渉猟する時間も無かった。立法の「不作為」と「不存在」とを、現実の世界と観念の世界との対比という観点から区別すべきだとの結論も、考えてみれば陳腐そのもので、本人なりに一生懸命やった割には釈迦の手の中から一歩も出ることのできなかった孫悟空のような気分も無いではない。それらの瑕疵の、私に能う限りでの補強・修正は、他日を期す他はない。本稿は、私自身にとっても「再々論」（？）に向けた踏み台または飛び石のごときものに過ぎないが、私以外の方におかれても、本稿のような視覚からの考察

の必要性につき、せめて問題意識だけでも共有していただき、本稿が十分には手に負えなかった難問のさらなる解明に向けた踏み台または飛び石の一つにでもしていただくことができたなら、まさに望外の喜びである。